

**CONSEIL DE  
L'EUROPE**



**AVRUPA  
KONSEYİ**

***AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ***

***ÜÇÜNCÜ DAİRE***

***NEHYET GÜNAY VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE DAVASI***

***(Başvuru no: 51210/99)***

***KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ***

**STRAZBURG**

**21 Ekim 2008**

*İşbu karar Sözleşme'nin 44 / 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı düzeltmelere tabi tutulabilir.*

1

## USUL

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan 51210/99 numaralı başvurunun nedeni T.C. vatandaşları Nehyet Günay ve Sadun Günay'ın 14 Eylül 1999 tarihinde Temel İnsan Hakları ve Özgürlüklerini güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudur.

İkinci başvuran Sadun Günay 20 Ekim 2000 tarihinde ölmüştür. Başvuranın sırasıyla eşi ve kızları olan Narin Günay, Kudret Günay, Hüsniye Öglü, Suzan Saruhan ve Behiye Özdek merhumun mirasçılığı sıfatıyla başvuruyu sürdürme niyetinde olduklarını ifade etmişlerdir. Sadun Günay'ın oğlu olan ilk başvuran Nehyet Günay, kendi adına olduğu kadar babası adına da başvuruda bulunma talebini belirtmiştir. AİHM bu talepleri birleştirmektedir.

Adli yardım talebinden yararlanan başvuranlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde Diyarbakır Barosu avukatlarından M.S. Tanrıku tarafından temsil edilmektedirler.

## OLAYLAR

### I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvuranlar Nehyet Günay, Narin Günay, Kudret Günay, Hüsniye Öglü, Suzan Saruhan ve Behiye Özdek sırasıyla 1975, 1941, 1961, 1968, 1971 ve 1982 doğumlu olup Silopi'de ikamet etmektedirler.

Başvuranlar sırasıyla, 1980 doğumlu olan ve on yedi yaşındayken 11 Temmuz 1987'yi 12'sine bağlayan gece kaybolan Deham Günay'in kardeşi, annesi ve kız kardeşleridir.

#### A. Deham Günay'ın kaybolmasının ihtilafı koşulları

##### 1) Başvuranların versiyonu

Başvuran Nehyet Günay (Nehyet) ve kardeşi Deham Günay (Deham) 11 Temmuz 1997 tarihinde, Irak sınırının yakınında yer alan Silopi'de bulunan tarlalarında çalışırken yirmiye yakın jandarma grubu tarafından yakalanmıştır. Nehyet jandarmaların kendilerini sınırın üzerinde yer alan, tarlalarının yakınında geniş bir alana götürdüklerini ve burada bulunan ve içleri silah dolu iki sarı torbayı göstererek, bunların kendilerine ait olup olmadığını sorduklarını söylemiştir. Jandarmalar, iki kardeşin olumsuz cevap vermesinin ardından kendilerine «G3» tüfeklerinin dipçikleri ile vurmuştur. Kafasından yaralanan Deham bilincini kaybetmiştir. Kafasından ve yüzünden yaralanan Nehyet ise, jandarmalar tarafından cipe bindirilerek götürülmüştür. Nehyet geceyi geçirmiş olduğu Habur jandarma karakolunda gözaltına alınmadan önce, ilk olarak jandarmalar tarafından yüzünün durumuna rağmen kendisine hiçbir soru yöneltmemiş olan doktora götürülmüş, ardından Savcı huzuruna ve son olarak Silopi Sulh Mahkemesinin huzuruna götürülmüştür. Yüzünün şişmesinden duyduğu rahatsızlıktan dolayı konuşma zorluğu çekmiş ve silahların kendisine ait olup olmadığı konusunda, hâkim tarafından kendisine sorulan tek soruya olumsuz cevap vermiştir.

Başvuran kardeşi Deham'ın kampta bayılmasının ardından kendisini bir daha ne gördüğünü ne duyduğunu belirtmektedir.

Nehyet Habur sınır kapısına getirilmesinin ardından, nöbette olan askerlere kardeşinin durumunu sormuştur. Askerlerden ilki, kardeşinin hastanede olduğu cevabını vermiştir. Nöbet değişiminin ardından, ikinci bir asker kendisine kardeşinin ölmüş olduğunu söylemiştir. Ertesi

gün, adliyeye götürülmesi sırasında, jandarma karakolunun komutanı üsteğmene kardeşine ne olduğunu sormuştur. Komutan kardeşinin tarlaya götürülmesini istediğini, tarlaya gittikten sonra da kaçtığını söylemiştir.

## 2) Resmi versiyon

Sekiz jandarmanın imzaladığı ve Deham ve Nehyet kardeşlerin parmak bastıkları 11 Temmuz 1997 tarihli tespit tutanağına göre, aynı gün saat 17.30 sıralarında, sınır kulelerinde bulunan nöbetçiler, üç kişinin ellerinde sarı torbalarla sınırı geçerek Irak'tan Türkiye'ye girmeye çalıştıklarını görmüşlerdir. Üç kişiyi izlemeye devam ederek karakola haber vermişlerdir. Bir jandarma grubu nöbetçilere yardım etmek üzere gelmiştir. Muhtemelen Kuzey Iraklı olan üç kişi, torbaları bıraktıktan sonra Irak'a geri dönmüştür. Türk bölgesinde bulunan iki kişi bu torbaları almış ve bir jandarma ekibi onları yakalamıştır. Jandarmalar her iki kişiyi ve taşıdıkları torbalarını aramıştır. Torbalarda farklı kalibrelerde kırk silah bulunmuştur. Şahısların üzerinde bulunan kimlik belgelerine göre, bu kişiler 1980 yılında doğmuş olan Deham Günay ve 1975 yılında doğmuş olan Nehyet Günay imiş.

Deham aynı gün jandarmalara vermiş olduğu ve altında parmak izini taşıyan ifadenin tutanağına göre, düzenli olarak, kardeşi ile birlikte kiralamış oldukları pamuk tarlasına çalışmaya gitmekteydi. Her seferinde kimliklerini nöbetçi jandarmalara bırakmakta ve eve dönerken geri almaktaydılar. Jandarmalar bundan dolayı kendilerine güvenmekteydi. Bir hafta önce, Iraklı bir kişi Silopi'de Deham ile konuşmuş ve kendisine Hezil nehrinden geçerek, Türkiye'ye silah sokma planından bahsetmiştir. Silahları onların tarlasına saklamayı ve pasaportu ile birlikte Türkiye'ye yasal yoldan girerek onları geri almayı düşünmüştür. Bu hizmetin karşılığında Deham'a iki tabanca veya on milyonu avans olarak toplam elli milyon Türk Lirası teklif etmiştir. Deham pazarlığı kabul etmiştir. Silah dolu torbaları tesadüfen bulduklarını zanneden kardeşine bu konuda bilgi vermemiştir. Deham kardeşine bu konudan daha sonra bahsetmeyi düşünmüştür. Anlaşmayı yapmış olduğu Iraklı kaçakçı ve silahları getirmek için Hezil nehrini geçmiş olan diğer üç Iraklı ile gerçekleştirilen kaçakçılık eyleminin gelişimi konusunda detaylı bir betimleme yapmıştır. 11 Temmuz gecesinde başka iki torbanın getirilmesi gerektiğini söylemiştir. Bu tür bir kaçakçılık eylemine ilk kez karıştığını belirterek, kaçakçıları yakalamak için jandarmalar ile işbirliği yapmayı teklif etmiştir.

Nehyet de jandarmalara aynı gün ifade vermiştir. Altında imzasının ve parmak izinin yer aldığı tutanağa göre, avukat yardımından yararlanmak istemediğini belirtmiştir. Tutanakta ayrıca Nehyet'e dilediği takdirde yakınlarının yakalanmasından bilgi sahibi kılınabileceklerinin hatırlatıldığı belirtilmiştir.

Tutanağa göre Nehyet kardeşinin ve kendisinin tarlada, içleri silahlarla dolu iki torba bulduklarını ve bunları jandarmalara teslim etmeden önce tereddüt ettiklerini beyan etmiştir. Jandarmalar onları torbalarla yürürken yakalamıştır. Nehyet silahların menşei konusunda bilgi sahibi olmadığını ve kardeşinin de bu konuda bilgi sahibi olduğunu düşünmediğini, silahları jandarmalara teslim etme refleksini göstermediğine pişman olduğunu belirtmiştir.

Belirtilmemiş bir tarihte yer krokisi düzenlenmiştir. Bu krokiye göre pamuk tarlası üç kontrol kulesi tarafından gözetlenen üçgende yer almıştır. Iraklı kaçakçıların torbaları bıraktıkları yer bu krokide sınır nehrinin kenarında, en yakın kontrol kulesine bir kilometrelik mesafede belirtilmiştir. Torbaların buldukları yer tarlanın öbür ucunda işaretlenmiştir.

## **B. Günay kardeşlerin yakalanmasının ardından yürütülen soruşturma**

Nehyet tutuklanmalarının ertesi günü olan 12 Temmuz 1997 tarihinde, sanık olarak Silopi Savcısı tarafından sorgulanmıştır. Jandarmaya vermiş olduğu beyanlarını yinelemiştir. Yüzünün durumu hakkında çenesindeki şişin dış sorunundan kaynaklandığını açıklamıştır.

Nehyet aynı gün bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Doktor raporunda görünüşe göre 3-4 gün öncesinden kaynaklanan kafatası seviyesinde, kafatasının yan kemiği üzerinde meydana gelmiş bir yara, iki yanakta dış apsesinden dolayı şişkinlik ve iki gözün altında 2cm'lik morluk olduğunu belirtmiştir. İlgilinin hayatının tehlikede olmadığını tespit etmiş ve kendisine üç günlük iş görmezlik raporu vermiştir.

Başvuran yine 12 Temmuz 1997 tarihinde, Silopi Sulh Mahkemesi Hâkimi (Hakim) tarafından sorgulanmıştır. Jandarmaya vermiş olduğu beyanları yinelemiştir. «*Kardeşimin silah kaçakçılığı faaliyetlerinin olup olmadığını bilmiyorum. Benimle aynı anda tutuklandı. Ama ardından kaçmış görünmektedir*» demiştir. Duruşma tutanağına göre gözaltında kaldığı sürece hiçbir baskıya maruz kalmadığını ve kendisine hiçbir kötü muamele yapılmadığını söylemiştir. Yüzündeki şişkinliğin dış sorunundan kaynaklandığını belirtmiştir. Gözlerinin altındaki morluklar ile ilgili olarak önceki gün sendelediğini ve yüz üstü düştüğünü açıklamıştır. İlgili izlerin jandarmaların davranışlarından kaynaklanmadığı konusunda ısrar etmiştir. Hâkim aynı gün tutuklanmasına karar vermiştir.

Saat 07.00'de dokuz jandarma tarafından imzalanan 12 Temmuz 1997 tarihli tutanağa göre, Deham Günay kendilerine Iraklı kaçakçılar ile randevusu olduğunu ve bu kişilerin tutuklanması için kendileri ile işbirliği yapabileceğini belirtmiştir. Deham pişman olduğunu belirtmiş olmasından dolayı, jandarmalar ona güvenmişlerdir. Bu bilginin ardından jandarmalar sabah saat 03.00'e doğru Deham'ın eşliğinde pusu kurmuşlardır. «Gerekli güvenlik tedbirlerini» almışlardır. Genç adamın, kendi gözetimleri altında, Iraklılar ile buluşmak üzere, sınıra doğru gitmesine izin vermişlerdir. Jandarmalar Deham'ın Iraklılarla uzlaşarak Hezir sınır nehrine doğru kaçmaya başladığını görünce hedef almadan ateş etmiş, ama kaçakları durdurmayı başaramamışlardır. Olay esnasında 7,62 mm'lik 108 kurşun atılmıştır. İlgili yerde hiçbir boş kovan bulunmamıştır. Tutanakta kaçakların tutuklanmasına yönelik olarak yürütülen araştırmaların devam ettiği belirtilmiştir.

Hâkim 14 Temmuz 1997 tarihinde, ortadan kaybolan Deham Günay'ın gıyaben tutuklanmasına karar vermiştir.

## **C. Günay kardeşlere karşı açılan dava**

Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Savcısı (Savcı) 1 Ağustos 1997 tarihli ithamname ile Deham ve Nehyet'e karşı, silah kaçakçılığı ve ulusal sınırlar içine önemli sayıda silah sokmak için çete kurma suçundan dolayı, ateşli ve bıçaklar hakkındaki 6136 sayılı ateşli ve bıçaklar silahlar Kanununun 12. maddesi uyarınca kamu davası açmıştır. İthamnameye göre sanıklar, Irak'tan gelen üç kişi tarafından bırakılan, silahla dolu torbaları almaya giderken, onları kuleden gözetleyen bir nöbetçi tarafından fark edilmişlerdir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde düzenlenen 2 Ekim 1997 tarihli duruşma esnasında, Nehyet'in avukatı, müşterisinin ve kardeşinin yakalanmaları esnasında, jandarmaların şiddetli darbelerine maruz kaldıklarını söylemiştir. Deham'ın kafasına almış olduğu darbelerin ardından öldüğünü ve jandarmaların suçlarını ört pas etmek için, sanığın kaçtığına belirtildiği sahte tutanak düzenlediklerini iddia etmiştir. Nehyet'in de yakalanması esnasında darbelere

maruz kaldığını, ancak dinlendiği esnada hazır bulunan jandarmaların misillemesinden korktuğu için, hakime aksini beyan etmiş olduğunun altını çizmiştir. Ayrıca, müşterisinin aleyhine kanıtların var olmadığını altını çizmiş ve hakkında beraat kararı verilmesini talep etmiştir.

Nehyet 4 Kasım 1997 tarihli duruşmada, 11 Temmuz 1997 tarihinde meydana gelen olayları, hemen hemen AİHM'ye aktardığı gibi sunmuştur. Tek fark DGM'ye kardeşinin kendisi ile aynı anda karakola götürülmüş olduğunu, bu yerde kendilerinin kötü muamelelere tabi tutulduklarını ve kendisinin doktora götürüldüğü esnada, kardeşinin diğer bir araç ile bilmediği bir yere doğru götürüldüğünü beyan etmiştir. Doktor tarafından muayene edilirken yüzünün ve kollarının kan içinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, sulh hakiminin, duruşma tutanağını kendisini dinlemeden, sadece dosyaya dayanarak düzenlediğini söylemiştir.

Aynı duruşmada sınır kontrol kulelerinde nöbetçi olan jandarma G.Y.'nin ifadesi de okunmuştur. Soruşturma esnasında alınan bu ifadeye göre G.Y. Hezil nehrini geçerek Türk topraklarına giren üç kişi görmüştür. Türk tarafında, tarlalarda çalışan iki kişi bunlara doğru yönelmiştir. Beş dakika sonra üç kişi Irak'a geri dönmüştür. Türk tarafındaki iki kişi torbaları yol tarafında, samanların arasına gizlemiştir. G.Y. o anda olayları komutanlığa telsiz ile bildirmiştir. Başvuran, kendi adına bu ifadeyi yalanlamıştır.

Başvuranın avukatı yine 4 Kasım 1997 tarihinde, DGM'ye, müvekkiline kötü muamelede bulunan kişilere karşı kovuşturma başlatılmasını talep etmiştir. DGM, kanıt eksikliğinden dolayı talebi aynı gün reddetmiş ve başvuranın yine de ayrı bir şikayette bulunma hakkının olduğunu hatırlatmıştır.

DGM 5 Ekim 1999 tarihinde, oyçokluğu ile 6136 sayılı Kanun gereğince, Nehyet Günay'ı on yıl hapis cezasına çarptırması ve ömür boyu kamu hizmetinden men etmiştir. Kararın gerekçesinin incelenmesinden mahkumiyet kararının ön soruşturmalar esnasında aynı jandarma tarafından alınan çeşitli ifadeler ve özellikle sanıkların ve nöbette olan G.Y.'nin ifadelerine dayanarak verildiği görülmektedir. DGM, jandarma tarafından bir senaryo hazırlanmış olsaydı çeşitli tanıklıklar arasında tutarsızlıklar olmayacağına itibar etmiştir. Kendi tespit ettiği tutarsızlıkların kardeşlerin birbirini koruma içgüdüsünden kaynaklandığına kanaat getirmiştir. Nöbette olan G.Y.'nin anlattığı şekilde betimlenen olayların, iddia makamının Nehyet'in Iraklı kaçakçılara randevu verdiği suçlamasını teyid ettiğini değerlendirmiştir. Nehyet bölgeyi iyi tanımaktaydı ve Hezil nehrinin kıyısında bulunan tarlalarda çalıştığı için yetkililer tarafından tanınmaktaydı. Bu durumun farkında olan Iraklı kaçakçılar, Nehyet'le iş yapmak için tertip almışlardır. Dolayısıyla, Günay kardeşlerin, silah kaçakçılığında bulunmak üzere, kimliği belirlenmemiş kaçakçılar ile çete kurdukları tespit edilmiştir.

DGM heyeti başkanı, karşı görüşünde, krokiye göre, tanık G.Y.'nin bulunduğu gözlem kulesi ile olayların meydana geldiği tarla arasında 1 200 metrelik bir mesafe olduğunun altını çizmiş ve bu mesafenin görsel tanıklığı şüpheli kıldığını belirtmiştir.

DGM, aynı kararda, Deham'a karşı açılmış olan davayı ayırmıştır.

Nehyet, tutuklu kaldığı süre göz önünde bulundurularak ve ceza infaz indirimi uygulaması uyarınca aynı gün serbest bırakılmıştır.

Başvuran 11 Ekim 1999 tarihinde kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay 5 Haziran 2000 tarihinde temyiz başvurusunu reddetmiştir.

#### **D. Deham'ın cinayetinden sorumlu oldukları varsayılan kişilere karşı yürütülen soruşturma**

Savcı Deham'ın babası, başvuranlardan Sadun Günay tarafından yapılan suç duyurusunun ardından, iki kardeşin tutuklanmasından sorumlu olan dokuz jandarmaya karşı, Silopi Savcılığı'nda soruşturma başlatmıştır.

Silopi Savcısı 15 Aralık 1997 tarihinde, 12 Temmuz 1997 tarihli tutanağı imzalamış olan dokuz jandarmadan beşinin zanlı olarak sorgulamasını gerçekleştirmiştir. Aralarında komutan üsteğmen İ.M'nin de bulunduğu bu jandarmalar, ilgili tutanağın içeriğinin doğru olduğunu ve Deham Günay'in hiçbir kötü muameleye tabi tutulmadığını beyan etmiştir.

Jandarmalardan dördünün ifadeleri, artık Silopi bölgesinde olmamalarından dolayı, daha sonra istinabe yoluyla alınmıştır. Bu ifadelerin de tespit tutanağı ile tutarlı olduğu görülmüştür.

17 Aralık 1997 tarihinde karakolda tanık olarak dinlenen başvuranlardan Sadun Günay, karakol komutanının oğlunun başına gelenlerden muhtemelen haberdar olduğunu, ancak, kendisine bilgi vermek istemediğini iddia etmiştir.

Yine 17 Aralık 1997 tarihinde, Deham ve Nehyet'in amcaları, Salih Günay ve Sait Günay, karakolda ifadelerini vermiştir.

Sait Günay tarlada çalışan işçilerin kendisini haberdar ettiğini, kendisinin de aşiretlerinin reisi Süleyman Gündüz'ü bilgilendirdiğini, Süleyman Gündüz'ün Habur birliğinin komutanı ile temas ettiğini, kendilerinin de üç gün sınır boyunca Deham'ı aradıklarını, ancak bulamadıklarını söylemiştir.

Salih Günay ise jandarma birliği komutanının, Deham'ın, Iraklı silah kaçakçılarını tutuklamak için organize edilmiş olan buluşma esnasında kaçtığını ve Deham'ın jandarmaların açtıkları dur ateşi esnasında öldürülebilemiş olduğunu söylemiş olduğunu duyduğunu söylemiştir. Deham'ın cesedinin bulunması için arama çalışmalarına katılmış olduğunu belirtmiştir.

17 Aralık 1997 tarihinde iki jandarma tarafından düzenlenmiş olan ve altında Sadun Günay ile Deham ve Nehyet'in iki amcasının parmak izlerinin yer aldığı tutanakta kendilerine Deham'ın yakalandığını bildiren işçilerin adlarını hatırlamadıkları belirtilmiştir.

Sadun Günay Silopi Savcısı'na gönderdiği 26 Aralık 1997 tarihli mektupta, jandarmalar tarafından yakalanan oğlu Deham'dan hiçbir haber alamadığını söylemiştir. Pamuk tarlasında bulunan silahların menşei konusunda bilgi toplamak için elinden geleni yapacağına söz vermiş ve kendisine oğlu hakkında bilgi verilmesini talep etmiştir.

Sadun Günay 11 Şubat 1998 tarihinde Savcı tarafından dinlenmiş ve oğlu Deham'ın tutuklanmasından sorumlu olan birlik komutanı hakkında suç duyurusunda bulunmuştur.

Günay kardeşlerin diğer bir amcası Fettah Günay da tanık olarak Savcı tarafından dinlenmiştir. 11 Şubat 1998 tarihli ifadesinde Diyarbakır Hapishanesinde bulunan yeğenini ziyaret ettiğini ve yeğenin kendisine kardeşi Deham'ın kimliğini verdiğini ve birliğin

komutanının, kardeşinin kaçtığı kendisine bildirirken, Deham'ın kimliğini iade etmiş olduğunu söylediğini belirtmiştir. Yeğeni Deham'on ortadan kaybolduğunu, kendileri ile birlikte pamuk tarlasında çalışan işçilerden öğrendiğini belirtmiştir.

Başvuranlardan Sadun Günay, 18 Şubat 1998 tarihinde, Kürt tercüman aracılığı ile alınan beyanında oğlu Deham'ın pamuk tarlasında çalışan işçilerin taşınmasından sorumlu olduğunu söylemiştir. Oğulları Nehyet ve Deham'ın jandarmalar tarafından yakalandığını ve Habur birliğinin karakoluna götürüldüklerini işçilerinden öğrendiğini belirtmiştir. Oğullarının o akşam eve dönmeleri üzerine, ertesi gün aşiretlerinin reisi olan Süleyman Gündüz'ün yardımını istemiştir. Ardından, Süleyman Gündüz ve köyün öğretmeni birlik karakoluna gitmiştir. Kendisi hasta olduğundan onlara eşlik etmemiştir. Komutan kendilerine Deham'ın kaçmış olduğunu ve kimlik belgesinin kardeşi Nehyet'e teslim edilmiş olduğunu belirtmiştir. Ardından, kendilerine Deham'ı aramalarını teklif etmiştir. Aşiretten sekiz veya on kişi Deham'ı üç gün boyunca aramıştır. Aramaları sonuçsuz kalmıştır.

Amcaların üçü de, 18 Şubat 1998 tarihinde jandarmaya verdikleri ifadede, Deham'ın ortadan kaybolduğu günden bu yana kendisinden haber alamadıklarını belirtmiş ve 17 Aralık 1997 ve 11 Şubat 1998 tarihli beyanlarını tekrarlamışlardır.

Başvuranların ikamet ettiği Aktepe köyünün öğretmeni 20 Mart 1998 tarihinde jandarmalar tarafından sorgulanmıştır. Öğretmen, Süleyman Gündüz'le jandarmaya gittiklerini, jandarma komutanına Deham'ın kayıp olduğunu söylediklerini, jandarma komutanının Deham'ı aramaları tavsiyesinde bulunduğunu, üç gün boyunca Deham'ı aradıklarını ama sonuç alamadıklarını belirtmiştir.

Aynı gün, başvuranların aşiretlerinin reisi Süleyman Gündüz, aynı yönde ifade vermiştir.

Nehyet Günay bu soruşturma çerçevesinde hiçbir şekilde sorgulanmamıştır.

Başvuranların avukatı, 8 Mart 1999 tarihinde, Silopi Cumhuriyet Savcısından, gerçekleştirildiği iddia edilen cinayetin sorumluları oldukları varsayılan dokuz jandarmaya karşı açılan soruşturmanın akıbeti hakkında bilgi istemiştir.

Bunun üzerine Silopi Cumhuriyet Savcısı'nın 16 Nisan 1998 tarihli takipsizlik kararı kendisine tebliğ edilmiştir. Kararda olayın koşulları, 12 Temmuz 1997 tarihli tespit tutanağıyla uyumlu olarak anlatılmaktaydı. Savcı ithamların, kanıt ve gösterge olmaksızın, soyut iddialara dayandığı sonucuna varmıştır.

Başvuranların avukatı, 26 Mart 1999 tarihinde Savcının takipsizlik kararına itiraz etmiştir. Dosyanın yeterince incelenmediğini savunmuş ve AİHS'yi ileri sürmüştür.

Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, 6 Mayıs 1999 tarihinde itirazı reddetmiştir.

## **HUKUK**

### **I. DEHAM GÜNAY AÇISINDAN AİHS'İNİN 2., 3. VE 5. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA**

Başvuranlar öncelikle, Deham Günay'ın, kafasına dipçik ile vuran kolluk kuvvetleri mensupları tarafından öldürüldüğünü iddia etmişlerdir. Deham'ın kaybolduğu sırada kolluk kuvvetlerinin sorumluluğu altında olduğunu belirtmişlerdir. Bu bakımdan Deham'ın,

Hükümetin ileri sürdüğü gibi, Irak'lı silah kaçakçılarını tuzağa düşürmek için kullanılmış olduğu varsayılsa bile, Deham'ın reşit olmaması göz önünde bulundurulduğunda bu durum her tutuklunun yaşam hakkını korumakla yükümlü kolluk kuvvetlerinin ciddi bir ihmali oluşturmuştur. Başvuranlar, AİHS'nin 2. ve 3.maddelerini ileri sürmüşlerdir.

Başvuranlar ayrıca, Deham Günay'ın yakalanma nedenleri kendisine bildirilmediği, yakalanır yakalanmaz hâkim huzuruna çıkartılmadığı ve yakalanmasının yasallığına itiraz edebileceği bir başvuru yolu kullanmadığı için AİHS'nin 5. maddesinin birçok açıdan ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar yine AİHS'nin 5. maddesi uyarınca Deham'ın yakınlarına yakalanması hakkında bilgi verilmemiş olmasından dolayı da şikâyetçi olmuşlardır.

Başvuranlar son olarak, Deham Günay'ın ortadan kayboluş koşullarına ilişkin AİHM içtihatlarına uygun bir soruşturma ve kovuşturma yapılmadığı kanaatindedirler. Özellikle olayların başlıca tanığı olan Nehyet Günay'ın bu soruşturma çerçevesinde ifadesinin alınmadığını belirtmişlerdir. Başvuranlar, AİHS'nin 13. maddesini ileri sürmüşlerdir.

AİHM, davanın koşullarında sözkonusu şikâyetlerin AİHS'nin 2., 3. ve 5. maddeleri açısından incelenmesini uygun bulmuştur.

#### **A. Kabul edilebilirlik hakkında**

Hükümet, başvuranların ne Anayasa ve İdari Muhakeme Kanunu çerçevesinde idari dava ne Borçlar Kanunu uyarınca tam hukuk davası açmış olmaları muvacehesinde AİHS'nin 2. ve 3. maddelerine dayalı şikâyetler açısından iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmuştur.

AİHM, bu davada başvuranların Deham Günay'ın yaşam hakkının korunmamış olması ile ilgili şikâyetlerinin ardından cezai yargı yollarının kullanıldığını ve bu doğrultuda yürütülen soruşturmanın takipsizlik ile sonuçlandığını dikkate almıştır. Dolayısıyla, başvuranlar, AİHS'nin 35. maddesinin 1. paragrafı anlamında bu davada uygun bir hukuk yolunu kullanmışlardır. (Diğerleri arasından, *Kanlıbaş Türkiye* (karar), n° 32444/96, 28 Nisan 2005).

AİHM tarafından müteaddit kere yinelenmiş olan nedenlerden dolayı (*Erdoğan Türkiye* (karar), n° 26337/95, 6 Eylül 2001 ve *Şahmo Türkiye* (karar), n° 57919/00, 14 Mart 2002 Bakınız), başvuranların buna ek olarak Hükümetin dile getirdiği idari veya hukuki işlemleri gerçekleştirmeleri gerekmemektedir.

AİHM, bu nedenle Hükümetin ön itirazını reddeder ve AİHS'nin 35. maddesi uyarınca, Nehyet Günay'ın 3. ve 6. madde şikâyetleri haricinde, başkaca bir kabul edilemezlik unsuru bulunmadığını tespit ederek başvuruyu kabul edilebilir ilan eder.

#### **B. Esas hakkında**

##### **1) Maddi kısım**

##### *a. Tarafların kanıtları*

Hükümet ilk olarak kasten öldürme iddiası ile ilgili olarak, AİHM'nin 2. maddesi bağlamında devletin bir sorumluluğu bulunduğuna karşı çıkmıştır. İlk olarak Nehyet Günay'ın bu iddiayı ilk olarak 2 Ekim 1997 tarihinde dile getirdiğinin altını çizmiştir. Ayrıca, diğer tanıklıkların Deham Günay'ın kaçtığı ve ortadan kaybolduğu yönünde olduğunu ve hiçbir şekilde kasten öldürme tezini desteklemediğini belirtmiştir.



Hükümet soruşturmanın Deham'ın tabi olduğu kötü muamelelerden dolayı öldüğü iddiasını temel alarak yürütüldüğünü, ancak dosyada bu doğrultuda, başvuran Sadun Günay'ın herhangi bir beyanda veya atıfta bulunduğu bir unsur bulunmadığını eklemiştir.

Ayrıca başvuruların veya Deham'ın yakınlarının yerel yetkililere, 11 Temmuz 1997 tarihinde jandarmalar tarafından imzalanmış olan tutanakta açıklanan olayların başka bir versiyonunu sunabilecek olan, bir görgü tanığı gösteremediklerini belirtmiştir.

Jandarmaların Deham'ın kaçmasını engelleyip engelleyemeyeceği konusunda ise, Hükümet 12 Temmuz 1997 tarihli tutanağa dayanarak, jandarmaların gerekli olan tüm güvenlik önlemlerini aldıklarını ifade etmiştir. Silah kaçakçıları hakkındaki bilgileri Deham'ın kendisinin verdiğini ve işbirliği yapmayı teklif ettiğini eklemiştir. Kaçakçı çetesinin yakalanması sözkonusu olduğundan, jandarmaların Deham'a güvenmeleri son derece doğaldır.

Hükümet Deham Günay'ın kaçmasından dolayı yetkililere objektif bir sorumluluğun yüklenemeyeceği, ayrıca hiçbir kanıtın bu kişinin öldüğünü doğrulamadığı sonucuna varmıştır.

Başvuranlar Neyhet ve Deham'ın tarlada şiddetli şekilde dövüldüklerini ve Deham'ın kafasına yediği dipçik darbelerinden dolayı bilincini kaybettiğini savunmuştur. Neyhet kardeşini son olarak baygın gördüğünü, ardından karakolda kendisini ne duyduğunu ne de gördüğünü söylemekte ısrar etmiştir. Dolayısıyla, başvuranlar için, Deham tarlada yediği dipçik darbeleri ile öldürülmüştür ve ardından düzenlenen tutanağın amacı jandarmalar tarafından işlenen cinayeti örtbas etmektir. Devlet bu şekilde, Sözleşmenin 2/1 maddesi yönünde « öldürmemek » yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

Başvuranlar ayrıca kasten yem olarak kullanılan Deham'ın silah kaçakçılara karşı düzenlenen pusu esnasında kaçmış olduğu varsayılsa bile, ilgilinin kolluk kuvvetlerinin sorumluluğu altındayken ortadan kaybolduğunu ve dolayısıyla Sözleşmenin 1. maddesi ile 2. maddesinin birinci cümlesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü (özellikle ölümü önleyici tedbirler almak) hesaba katarak, hayatını yetkilerin sorumluluğunun olduğu koşullarda kaybettiğini gözlemlemiştir.

#### *b. Mahkemenin değerlendirmesi*

##### **i. Genel ilkeler**

Yaşam hakkını teminat altına alan ve öldürmenin haklı gösterilebileceği koşulları tanımlayan 2. madde, AİHS'nin istisnaya izin verilmeyen en temel hükümlerinden birini oluşturmaktadır. (*Velikova Bulgaristan* n° 41488/98, § 68, CEDH 2000-VI). 3. madde ile birlikte, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerinden birini teşkil etmektedir. Bu nedenle öldürmenin meşru olabileceği koşullar dar yorumlanmalıdır. (*Salman Türkiye* [GC], n° 21986/93, § 97, CEDH 2000-VII). Bireylerin insan haklarının korunması için bir araç olarak AİHS'nin amaç ve hedefi, sözkonusu hükümlerin, sağladığı güvenceleri uygulanabilir ve etkili kılacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını da gerektirir (*McCann ve diğerleri İngiltere*, 27 Eylül 1995 tarihli karar, seri A n° 324, ss. 45-46, §§ 146-147).

2. maddenin 1. paragrafının birinci cümlesi Devleti kasten ve yasalar hilafına öldürmekten men ettiği gibi kendi yetki alanındaki kimselerin yaşam hakkını korumak için gerekli olan

tedbirleri iç hukuk düzeni çerçevesinde almasını zorunlu kılmaktadır (*Kiliç Türkiye*, n° 22492/93, § 62, CEDH 2000-III). Devletin bu doğrultudaki yükümlülüğü ihlalleri önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı bir uygulama mekanizması ile desteklenen caydırıcı yasal ve idari çerçeveler oluşturmak suretiyle en önemli görevi olan kişilerin yaşam hakkının güvence altına almaktır.

2. madde metninin gösterdiği gibi, öldürücü güce başvurulması bazı koşullarda haklı gösterilebilmektedir. Bununla birlikte 2. madde bu konuda açık çek vermemektedir. Devlet görevlilerinin eylemlerinin kurallarla düzenlenmemesi ve keyfiliğe terk edilmesi insan haklarına etkin riayet edilmesi ile bağdaşmamaktadır. Bu da, polis operasyonlarının ulusal hukuk tarafından yetkilendirilmesinin yanı sıra keyfiliğe ve gücün kötüye kullanılmasına karşı uygun ve etkin güvenceler sağlamak üzere aynı ulusal hukuk tarafından yeterince sınırlandırılmalarını da gerektirmektedir. (*Makaratzis Yunanistan [GC]*, n° 50385/99, § 58, CEDH 2004-XI).

Bu bakımdan bu hüküm bütün olarak ele alındığında 2. paragrafın kasten öldürmeye izin verilen durumları değil, kasıt olmaksızın adam öldürme ile sonuçlanabilecek güç kullanmaya izin verilen durumları saydığı görülecektir « Kesin zorunluluk » ifadesi, AİHS'nin 8 ila 11. maddelerinin 2. paragrafı gereğince, Devletin müdahalesinin « demokratik toplumda gerekli » olup olmadığını belirlemek için normal şekilde kullanılan gereklilik kriterinden daha sıkı ve zorlayıcı bir kriterin uygulanması gerektiği anlamına gelmektedir. Özellikle başvuru gücün 2. maddenin 2. paragrafının a), b) ve c) şıklarında sıralanan amaçların gerçekleştirilmesi ile mutlak şekilde orantılı olması gerekmektedir. Bu düzenlemenin demokratik toplumdaki önemini kabul eden AİHM'nin görüşünü oluşturması için, öldürmenin sözkonusu olduğu durumları ve özellikle bilerek ölümcül gücün kullanıldığı durumları dikkatlice incelemesi ve sadece güç kullanmış olan Devlet görevlilerinin eylemlerini değil, olaya ilişkin gelişmelerin tamamını, bilhassa sözkonusu eylemlerin hazırlanışını ve kontrolünü değerlendirmesi gerekmektedir. (*McCann ve diğerleri*, üstte belirtilmiş olan, s. 46, §§ 148-150).

AİHM, AİHS'nin 2.maddesinin sağladığı korumanın öneminden dolayı, öldürme ile sonuçlanan durumlarda sadece Devlet görevlilerinin eylemlerini değil davanın tüm koşullarını büyük bir titizlikle incelemelidir. Gözaltındaki kişiler savunmasız konumdadırlar, makamların onları koruma görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla bir kişinin sağlıklı olarak gözaltına alınması ve serbest bırakılmasının ardından yaralanmış olduğunun tespit edilmesi durumunda, Devletten bu yaralanmaların kaynağı hakkında kabul edilebilir bir açıklama yapması beklenmektedir. Yetkililerin, gözaltında bulunan bir kişiye yapılan muameleyi haklı gösterme yükümlülüğü, bu kişinin ölmesi durumunda daha da zorunlu hale gelmektedir (*Salman*, § 99). Aynı mantıktan hareketle AİHS'nin 5. maddesi uyarınca devletin tutuklu herkesin bulunduğu yer hakkında bilgi verme zorunluluğu bulunmaktadır. (*Kurt Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Derleme 1998-III, s. 1185, § 124). Cesedin bulunamadığı bir durumda, yetkililerin tutulu bulunan kişiye ne olduğu hakkında kabul edilebilir açıklama yapmamaalarının AİHS'nin 2. maddesi açısından değerlendirilebilmesi hususu ise davanın koşullarının bütününe, özellikle de kişinin tutulu bulunduğu sırada ölmüş olduğunun varsayılması gerektiği sonucuna gerekli delil düzeyinde varılabilmesine imkan sağlayacak somut unsurlara dayanan yeterli delillerin varlığına bağlıdır. (*Tanış ve diğerleri Türkiye*, n° 65899/01, § 200, CEDH 2005-VIII).

Bu bakımdan ilgilinin tutulu bulundurulma halinin başlamasından veya tutuklanmasından bu yana geçen zaman, belirleyici olmasa dahi, hesaba katılması gereken bir faktördür. Tutulu kişiden haber alınmadan geçen süre arttıkça, bu kişinin ölmüş olabilme olasılığının arttığını kabul etmek gerekir. Bu durumda geçen zamanın, kişinin öldüğünün varsayılmasından önce,

durumla ilgili diğerk kanıt unsurlarına verilecek öneme belli bir etkisi olacaktır. AİHM'ye göre bu durum, 5. maddenin ihlaline yol açan basit bir yasadışı tutmanın çerçevesi ile ilgili sorunları aşmaktadır. Bu yorumlama şekli, AİHM'nin temel düzenlemelerinden olan 2. madde tarafından güvence altına alınan yaşam hakkının etkin şekilde korunmasına uygundur (Diğerkleri arasından üstte belirtilmiş olan *Taniş ve diğerkleri* § 201 Bakınız).

Güce başvurmanın ölümle sonuçlandığı durumlarda, yaşam hakkını koruma yükümlülüğüne ilişkin 2. maddenin, AİHS'nin 1. maddesinde yer alan devletin "kendi yetki alanı içinde bulunan herkese AİHS'de yer alan hak ve özgürlükleri tanınması" genel yükümlülüğüyle birlikte okunduğunda, uygun ve etkili bir resmi soruşturma yapılması gerekliliğini içerdiğini hatırlatır. (*Çakıcı Türkiye* [GC], n° 23657/94, § 86, CEDH 1999-IV).

Bu anlamda, yürütülen soruşturma, sorumluların tespit edilerek cezalandırılmalarına imkan tanıyacak ölçüde etkili olmalıdır. Burada sözü edilen sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğüdür. Yetkili makamlar, olayla ilgili delillerin toplanabilmesi maksadıyla kendileri için makul surette erişilebilir olan önlemleri almış olmalıdırlar (*Tanrıkulu Türkiye* [GC], n° 23763/94, § 109, CEDH 1999-IV, ve üstte belirtilen *Salman*, § 106). Sorumlu kişi ve kişilerin ortaya çıkarılmasını engelleyecek her türlü soruşturma zaafı soruşturmanın etkisiz olmasına neden olur. (*Aktaş Türkiye*, n° 24351/94, § 300, CEDH 2003-V).

İhlalin faillerinin sorumluluğu teorikte olduğu gibi pratikte de ortaya konabilmesi açısından kamunun soruşturma veya sonuçları hakkında yeterince bilgi edinme hakkı olması gerekir. Kamunun kontrol düzeyi bir durumdan diğerkine değişebilmektedir. Bununla birlikte, her türlü durumda mağdurun yakınlarının, yasal menfaatlerinin korunması için gerekli olan ölçüde kovuşturmaya ortak edilmesi gerekmektedir (*Güleç Türkiye*, 27 Temmuz 1998 tarihli karar, Derleme 1998-IV, s. 1733, § 82, *Oğur Türkiye* [GC], n° 21594/93, § 92, CEDH 1999-III, ve *McKerr İngiltere*, n° 28883/95, § 148, CEDH 2001-III).

Üstte belirtilmiş olan usuli yükümlülükler, devlet memurlarının güç kullanmasından kaynaklanan kasıtlı adam öldürülmesine dair davaları kapsamaktadır, ancak bunlarla sınırlı değildir. AİHM, bu yükümlülüklerin bir kişinin hayatının tehdit altında olduğunun varsayılabileceği koşullarda kaybolduğu durumlar da geçerli olduğuna itibar etmektedir. (*Tahsin Acar Türkiye* [GC], n° 26307/95, § 226, CEDH 2004-III).

## ii. Bu ilkelerin dava koşullarına uygulanması

Mahkeme genelde kanıt unsurların değerlendirilmesi için «makul şüphelerin ötesinde» kanıt kriterini uygulamaktadır (*İrlande İngiltere*, 18 Ocak 1978 tarihli karar, seri A n° 25, § 161). Bununla birlikte, bu özel kanıt kriterinin AİHM'nin yargılama usulünde özel bir anlamı olduğunun altını şimdiden çizmek gerekir (*Mathew Hollanda*, n° 24919/03, § 156, CEDH 2005-IX). AİHM hiçbir zaman «makul şüphenin ötesinde» kanıt kriterini uygulayan diğerk ulusal hukuk sistemlerinin girişimini taklit etmek niyetinde olmamıştır (*Natchova ve diğerkleri Bulgaristan* [GC], n°<sup>os</sup> 43577/98 ve 43579/98, § 147, CEDH 2005-VII). Böylece, yerleşik içtihadı uyarınca, doğrudan kanıtların yokluğunda, böylesi bir delil itirazı kabil olmayan yeterince ciddi, belirgin ve tutarlı birtakım emare ya da karinelere doğabilir (*aynı yerde ve belirtilmiş olan davalar*). Belli bir sonuca varmak için gerekli kanaat düzeyi ve bu çerçevede ispat etme yükümlülüğünün hangi ölçüde hangi tarafa ait olduğunun tespit edilmesi, olayların özelliğine, dile getirilen iddianın niteliğine ve hangi AİHS hakkının sözkonusu olduğuna bağlıdır (*ibidem*).

AİHM, Deham'ın tutuklanması esnasında öldürüldüğüne dair başvuruların versiyonunu kontrol edecek dosya unsurlarının azlığı ve (üstte yer alan 8-10 paragraflar) resmi versiyonun

hakkında şüphe duyulmasını sağlayacak kanıtlayıcı unsurların yokluğunda, olayların Hükümet'in anlattığı gibi geliştiğine kanaat getirmiştir.

Bundan sonra, yetkililerin, gece pususu esnasında, Deham Günay'ın yaşamı açısından gerçek ve yakın bir tehditin ortaya çıkmasını önlemek için bildikleri veya bilmeleri gereken tehlikeyi bertaraf etmek için kendilerinden makul olarak almaları beklenen önlemleri alıp almadıkları ortaya konulmalıdır (Bkz. *Osman - İngiltere*, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Kararlar ve yargılar derlemesi 1998-VIII, § 116, *Demiray Türkiye*, n° 27308/95, § 45, CEDH 2000-XII).

AİHM ilk olarak Deham Günay'ın öldüğünün varsayılması gerekip gerekmediğinin belirlenmesinin uygun olacağını düşünmüştür.

AİHM bir kişinin ortadan kaybolmasının tek başına bu kişinin hayatının tehlikede olduğunun değerlendirilmesine yettiği birçok dava incelediğini hatırlatmıştır. Bu çerçevede, bu davaların bir kısmında, bir kişinin ilgili dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda ortadan kaybolmasının, ilgili kişinin hayatının tehlikede olduğu şeklinde değerlendirilebileceği sonucuna vardığını hatırlatır (ölüm karinesi için, bkz diğerleri arasından *Akdeniz Türkiye*, n° 25165/94, § 99, 31 Mayıs 2005; ortadan kaybolma iddiaları açısından, ortadan kayboluş koşullarını ve sorumluların kimliklerinin belirlenmesi için etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü hakkında, bkz diğerleri arasından *Toğcu Türkiye*, n° 27601/95, § 112, 31 Mayıs 2005 ve bu kararda atıfta bulunulan kararlar).

AİHM, 11 Temmuz'u 12 Temmuz 1997 bağlayan gecenin olaylarının gelişimini ve özellikle Deham Günay'ın tutulu statüsünden ortadan kaybolmuş statüsüne geçtiği şartları (jandarmalar tarafından düzenlenen pususu, Deham'ın Iraklı kaçakçılar ile karşılaşması ve son olarak, Deham'ın sınır oluşturan nehre doğru kaçıışı) incelemiştir.

AİHM ilk olarak Deham Günay'ın ortadan kaybolduğunda tamamen kolluk kuvvetlerinin sorumluluğunda olduğu sonucuna varmıştır. Bu ortadan kayboluşun kaçış olarak nitelendirilebilmesi bu gerçeği değiştirmemektedir.

Bu bakımdan, 11 ve 12 Temmuz 1997 tarihli tutanaklarda yakalanan Deham'ın jandarmalara teklifte bulunmuş olduğu ve onları yönlendirmiş olduğu görülse bile, pusunun organizasyonunun tamamen jandarmaların sorumluluğunda gerçekleşmiştir.

Kolluk kuvvetleri tarafından yürütülen ve şüphelilerin veya diğer kişilerin hayatlarının tehlikeye girme riskinin olduğu her operasyonun, ölümcül gücün kullanımını veya kaza sonucu can kaybını minimuma indirecek şekilde hazırlanması ve kontrol edilmesi gerekmektedir. (*mutatis mutandis*, üstte belirtilmiş olan *McCann vd kararı*, § 194, *Bubbins İngiltere*, n° 50196/99, § 136, CEDH 2005-II (suretler) ve *Ergi Türkiye*, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, Kararlar ve yargılar derlemesi 1998-IV, s. 1776, § 79).

Bu durumda, Hükümet'in olayların meydana gelişine ilişkin versiyonundan, 11 Temmuz gecesi düzenlenen harekâtın Deham'ın hayatı için bir risk oluşturduğu görülmüştür. AİHM bu bakımdan özellikle, jandarmaların yüz sekiz mermiyi « hedef almadan » ateşleyerek, yayılım ateşinde bulduklarını gözlemlemiştir. Mahkeme dosyada atışta bulunan jandarmaların sayısı, ateşin açıldığı mesafe veya açı, yayılım ateşi esnasındaki görülebilirlik şartları ve önceden verilmesi söz konusu olabilecek talimatlar hakkında hiçbir bilgi bulunmadığını dikkate almıştır. Jandarmalar 12 Temmuz 1997 tarihli tutanağa göre, genel bir formül ile ve basitçe, ilgili tedbirler hakkında belirtide bulunmadan, “gerekli güvenlik tedbirleri”ni

aldıklarını söylemiştir. AİHM bu koşullarda kaçanların ölümünün ihtimal dahilinde olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme üstte belirtilen nedenler açısından ve on yıldan fazla süredir Deham Günay'ın nerede olabileceği konusunda mutlak bilgi yokluğunda, genç adamın öldüğünün varsayılabilirliğini göz önünde tutmuştur.

AİHM ayrıca, yetkililerin on yedi yaşındaki genç Deham Günay'ın Iraklı silah kaçakçıları ile karşılaşmasının ve yayılım ateşi açarak ölümcül güç kullanmalarının risklerini değerlendirebilecekleri konusunda şüphe olmadığını değerlendirmiştir. AİHM bu bakımdan davadaki durumun, Sözleşmenin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülük gereğince yetkililere yüklenen yükün daha ılımlı olduğu, ölüm tehlikesinin üçüncü kişiden kaynaklandığı durumlardan (üstte yer alan *Osman, § 70 ile karşılaştırılmalı*) ve intihar vakalarından (örneği, *Salgın Türkiye, n° 46748/99, § 78, 20 Şubat 2007* ve *Kenan İngiltere, n° 27229/95, § 90, CEDH 2001-III*) farklı olduğunun altını çizmiştir.

AİHM Hükümetin operasyonun öneminin ve yakalanan genç adamın pişmanlığını dile getirerek jandarmaların güvenini kazanmış olduğunun altını çizmekle yetinerek, Deham'ın hayatının korunması için alınan muhtemel tedbirleri açıklamadığını gözlemlemiştir.

AİHM Hükümetin bu tür bir riskin alınmasının nedeni veya genç adamın korunması için alınmış olan diğer tedbirler hakkında açıklamada bulunmamasından dolayı, yetkili mercilerin Deham Günay'ın aldığı riski makul düzeyde bertaraf ettiği kabul edilebilecek tedbirleri almayı ihmal ettikleri sonucuna varmıştır.

AİHM, dolayısıyla gerçek ölüm tehlikesinin var olduğu koşullarda ilgilinin ortadan kayboluşunun sorumluluğunun Devlete ait olduğunu değerlendirmiştir. Dolayısıyla, AİHS'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir.

## 2) Usuli yükümlülükler açısından

Hükümet 11 Temmuz 12 Temmuz 1997'ye bağlayan gecede meydana gelen olayların ardından yürütülen soruşturmalar konusunda ise, jandarmaların 12 Temmuz 1997 tarihinde, olayın hemen ardından tespit tutanağı düzenlediklerinin altını çizmiştir. Savcılığın Nehyet Günay'ın avukatının 2 Ekim 1997 tarihli duruşmada dile getirdiği iddiaların hemen ardından bir kovuşturma başlattığını ve kovuşturmanın derinleştirilmesi için jandarmanın iki kez soruşturma yaptığını eklemiştir. Günay kardeşlerin yakınları ve birliğin komutanı dâhil, tespit tutanağını imzalayan jandarmalar sorgulanmıştır. Hükümet başvuruların iddialarını destekleyecek unsurları sunamamış olduklarını düşünmüştür.

Takipsizlik kararına göre sözkonusu olayın kaçış olarak nitelendirildiğini ve bunların uyuşan tanıklıklar tarafından teyit edildiğinin altını çizmiştir. Dolayısıyla dosyada jandarmaların kötü muamelede bulunarak ölüme yol açtıklarını düşündürecek bir unsur bulunmadığı için kamu davası açılmasına gerek görülmemiştir. Hükümet başvuran tarafın soruşturmanın yetersizliği konusunda dile getirdiği iddianın dayanağının bulunmadığı sonucuna varmıştır.

AİHM Deham'ın yakalanmasına dair iddia edilen eksiklikler konusunda ise, ilgilinin suçüstü ve yasaya uygun şekilde yakalandığının altını çizmiştir. İfadesi aynı gün alınmış, kendisini yakalayan jandarmaların kimlikleri belirlenmiş ve soruşturma sırasında ifadeleri alınmıştır. 11 Temmuz 1997 tarihli tutanağa göre, Deham kendisine yöneltilen ithamlar konusunda bilgilendirilmiştir.

Hükümet ayrıca Deham'ın kaçmasından sonra hemen bir tespit tutanağı düzenlendiğini hatırlatmıştır. Yakalama ile ilgili tüm formalitelerin yerine getirildiği ve tüm teknik soruşturmanın yürütüldüğü sonucuna varmıştır.

Başvuranlar Deham'ın kendisine uygulanan kötü muamelelerin ardından öldüğü iddialarının değerlendirmeye alınmadığını söyleyerek cevap vermişlerdir. Onlara göre bu yönde yaptıkları suç duyurusunun hemen ardından etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütülmemiştir. Avukatları ne soruşturmaya dahil edilmiş ne gelişmelerden haberdar edilmiştir. Soruşturmanın ardından verilen takipsizlik kararı başvuran tarafa tebliğ edilmemiştir. Öyle ki başvuran, bu karardan ancak, kararın verildiği tarihten yaklaşık bir yıl sonra, o da kendi talebi üzerine haberdar olmuştur.

Başvuranlara göre jandarmalar Savcı huzurunda verdikleri ifadelerde olayların gelişimi hakkında hiçbir bilgi vermemiş ve sadece 12 Temmuz 1997 tarihli tutanağın doğruluğunu teyid etmekle yetinmiş ve bu şekilde gerçek olayları ve ifadelerdeki muhtemel uyumsuzlukları bertaraf etmiştir.

AİHM başvuruların suç duyurusunun ardından açılan soruşturma ile ilgili olarak, her şeyden önce, iddia edilen olayların başlıca tanığı olan Nehyet Günay'ın hiçbir zaman bu soruşturma çerçevesinde dinlenmediğini tespit etmiştir.

AİHM, ayrıca Silopi Savcılığı'nın, yerinde inceleme yapmak, en azından jandarmalar tarafından düzenlenen krokinin doğruluğunu kontrol etmek için olay yerine gitmediğini gözlemlemiştir.

AİHM başvuruların yakınlarına göre, kimliği belirlenmemiş olan işçilerin olaylar esnasında olay mahallinde bulunduğunu dikkate almıştır. 17 Aralık 1997 tarihli tutanakta, ortadan kaybolan kişilerin yakınlarının bu işçilerin kimliklerini hatırlamadıkları belirtilmiştir. AİHM yetkililerin, olayların küçük bir köyde meydana gelmesinden dolayı çok da karmaşık olmayacağı düşünülebilecek olan bu kimlik belirleme işlemi yapmayı denemediklerini tespit etmiştir.

Dosyada yer alan belgelere göre savcılık baştan itibaren, iki kardeşi yakalayan ve ihtilaf konusu pusuya katılmış olan jandarmalar tarafından imzalanan her iki ortak tutanakta belirtildiği şekilde kolluk kuvvetlerinin olayların meydana geliş şekline ilişkin versiyonunu benimsemekle yetinmiştir. AİHM, bu noktada, Deham Günay'ın gıyabında tutuklama emri olmamasına rağmen, ilgilinin kimlik belgesinin yakınlarına teslim edilmesi olayını, kesin bir sonuca varmamakla birlikte çok şaşırtıcı bulmaktadır.

Ayrıca 11 Temmuz 1997 tarihli tespit tutanağında açıklandığı şekilde gelişen operasyonun, insan hayatını koruma yükümlülüğü bakımından uygun olup olmadığının da soruşturulmadığı görülmüştür.

Ayrıca, ne başvuranlar ne de avukatları soruşturmanın gelişiminden ve kapanışından haberdar edilmiştir.

AİHM son olarak dosyada genç adamın canlı veya ölü olarak bulunması için kolluk kuvvetleri tarafından yürütülen araştırmalara dair hiçbir unsurun yer almamasının ve yetkililerin olayların ertesi gününden itibaren, kaybolan Deham'ı bulmak için yürütülmesi gereken aramaları Deham'ın yakınlarına emanet etmiş olmalarının anlaşılmasız olduğu yargısına varmıştır.

AİHM üstte belirtilenlerin ışığında, yetkililerin Deham Günay'ın ortadan kaybolduğu koşullar hakkında gerçek bir soruşturma yürütmediklerini ve bu konudaki temel sorumluluklarını yerine getirmediklerini değerlendirmiştir. AİHM, Türkiye hakkındaki daha önceki kararlarında belirtmiş olduğu üzere (bkz *Demiray*, § 53), olayların meydana geldiği dönemde güvenlik eksikliğinden dolayı Türkiye'nin güneydoğusunda ölümle sonuçlanan olayların olağan olduğunu ve bu durumun sonuca yöneltecek kanıtların araştırılmasına engel teşkil ettiğini hesaba katmaya hazır olduğunu belirtmiştir. Ancak, bu tür koşullar, yetkililerin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan etkin soruşturma yürütme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

Dolayısıyla, AİHM Sözleşme'nin 2. maddesinin bu açıdan da ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, yukarıda yaptığı tespit ışığında, Deham Günay'ın yakalanma koşullarına ilişkin olarak, Sözleşme'nin 3. ve 5. maddelerine ilişkin şikâyetlerin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

## **II. DEHAM GÜNAY'IN ORTADAN KAYBOLMASI NEDENİYLE BAŞVURANLARIN AİHS'İNİN 3. MADDESİNE İLİŞKİN HAKLARININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI HAKKINDA**

Başvuranlar yakınlarının ortadan kaybolmasının, kendileri için Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olan, insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muameleyi oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.

Özellikle Nehyet Günay'ın kardeşinin tabi tutulduğu kötü muamelelerin tanığı olduğunu ve kendisine ardından kardeşine olanlar hakkında çelişkili bilgiler verildiğinin altını çizmişlerdir. Başvuranlar Deham'ın cesedini bulamamış olmalarının ve araştırmaları sırasında yetkililerin tepkilerinin ve kendilerine muamelelerinin kendilerini büyük bir umutsuzluk ve ağır endişe içine soktuğunu, bu durumlarının olaydan beri devam ettiği ve yetkililerin olumsuz tutumları nedeniyle artma eğiliminde olduğunu belirtmişlerdir.

Hükümet « 3.maddenin uygulanmasına yol açan özel olay ile kendinin mağdur olduğunu iddia eden kişi arasından nedensel ve kasti bir ilişkinin» bulunmamasından dolayı, Sözleşme'nin 3. maddesinin bu duruma uygulanamayacağını değerlendirmiştir.

AİHM Hükümetin irdelediği hususun şikâyetin esasıyla yakından alakalı olmasından dolayı, esası ile birleştirmenin uygun olacağına kanaat getirmiştir.

AİHM'ye göre bir kişi açısından AİHS'nin ihlal edildiği bir durumda, bir aile bireyinin mağdur olup olmadığının tespit edilmesi için, bu aile yakınının acısına, bireysel hakları ciddi şekilde ihlal edilen kişinin yakınlarının kaçınılmaz olarak yaşayacakları üzüntüden farklı bir nitelik ve boyut eklenmesine yol açan özel faktörlerin olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu faktörler arasında akrabalık düzeyi, ilişkinin özel koşulları, aile yakınının sözkonusu olaylara ne derece tanık olduğu, yakınının kaybolan kişi hakkında bilgiler elde etme girişimlerine ne ölçüde katıldığı ve yetkililerin bu taleplere nasıl karşılık verdiği yer almaktadır. Bu tür bir ihlalin özü ne aile bireyinin "ortadan kaybolmasından" ne yetkililerin kendilerine bildirilen duruma gösterdikleri tepkiler ve davranışlardan kaynaklanmaktadır. Bir aile bireyi özellikle bu son unsur bakımından, yetkililerin davranışlarından dolayı mağdur olduğunu iddia edebilecektir (*Taniş ve diğerleri*, § 219).

Bu davada başvuruların endişeleri, kaybolan kişiye ne olduğunu öğrenmek için ve kendisini ölü veya diri bulmak için, ailesi tarafından yapılan birçok girişim ile teyid edilmiştir. Nitekim, başvurular ve Deham'ın diğer yakınları yetkililere başvurarak bilgi talebinde bulunmuşlar, yetkililer ise, Hükümet tarafından yorumsuz bırakılan son derece şaşırtıcı bir şekilde, onları kendi başlarının çaresine bakmaya bırakmışlardır. Başvurular ayrıca aileleri tarafından yapılan suç duyurusunun ardından başlatılan sürece aktif şekilde katılmamıştır.

AİHM son olarak başvuruların yakınlarına ne olduğu konusundaki endişelerinin devam ettiğini gözlemlemiş ve ilgilinin ortadan kayboluşunun kendileri açısından Sözleşme'nin 3.maddesine aykırı olarak, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak analiz edilebileceğini değerlendirmiştir. Dolayısıyla Hükümetin uygulanabilirliğe dair itirazını reddetmiş, şikâyetin kabuledilebilir olduğuna ve 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

### **III. AİHS'İN 3. MADDESİNİN NEHYET GÜNAY AÇISINDAN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA**

Başvurulardan Nehyet Günay 11 Temmuz 1997 tarihinde yakalandığında kendisine kötü muamelede bulunulduğundan şikâyetçidir. Bu çerçevede AİHS'nin 3. maddesini ileri sürmüştür.

Hükümet başvuranın iddialarına itiraz etmiş ve 12 Temmuz 1997 tarihli raporda gözaltından önce meydana gelmiş olan önemsiz lezyonların belirtildiğinin altını çizmiştir.

AİHM başvuranın kendisine kötü muamele yapıldığına dair iddialarını ilk olarak 4 Kasım 1997 tarihli duruşmada dile getirdiğini gözlemlemiştir. Bu iddialar yakalandığının ertesi günü, yani 12 Temmuz 1997 tarihinde alınmış olan ve üç ila dört gün öncesine, yani tutuklamadan önceki döneme ait yaraları belirten tıbbi rapora dayanmaktaydı.

AİHM başvuranın Savcı veya Sulh hâkimi karşısında, jandarmaların da orada bulunmalarının yarattığı tehdit nedeniyle, iddialarını dile getiremediğini belirttiğini not etmektedir. Ancak bu durum, mahkeme önünde ve avukatı eşliğinde iken tıbbi raporun içeriğine ve özellikle yaraların tarihine itiraz etmediğini açıklamamaktadır. AİHM her halükarda, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 4 Kasım 1997 tarihli duruşmada, kanıt yetersizliğinden dolayı kovuşturma talebini açıkça reddettiğini ve başvurana dilediği takdirde ayrı bir şikâyetle bulunabileceğini hatırlattığını not etmiştir. Hâlbuki iddiaların yetkililere bildirilmesi durumundan resen soruşturma yapma yükümlülüğü olduğu cihetle, başvuran etkisiz görünen bu yola başvurmamıştır. Bundan hareketle ve 4 Kasım 1997 tarihli karar dikkate alınarak 14 Eylül 1999 tarihinde yapılmış olan şikâyet gecikmeli olarak sunulmuştur. Dolayısıyla, AİHS'nin 35. maddesinin 1. ve 4. paragrafları uyarınca kabul edilmemiştir.

### **IV. AİHS'İN 6. MADDESİNİN NEHYET GÜNAY AÇISINDAN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA**

Başvurulardan Nehyet Günay, ayrıca mahkûmiyetinin sadece avukatının yokluğunda toplanmış olan kanıtlara ve sorgulama fırsatının olmadığı tanıkların beyanlarına dayanmasından şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. ve 3 d) paragrafları anlamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Hükümet bu teze karşı çıkmıştır. 11 Temmuz 1997 tarihli tutanağa göre başvuranın avukat yardımından yararlanmayı talep etmediğini gözlemlemiştir. Ayrıca, başvuranın hem bidayet mahkemesinde hem Yargıtay'da avukatı tarafından temsil edildiğini hatırlatmıştır. Hükümet



tanıkları sorgulama olanağı konusunda ise Türk hukukuna göre ön soruşturmanın gizli olduğunu, ancak tarafların tanıkları veya sanıkları duruşma esnasında sorgulama olanağına sahip olduklarını hatırlatmıştır.

AİHM 6.maddenin 3. paragrafının yükümlülükleri 1. paragraf tarafından güvence altına alınan adil yargılanma hakkının belirli yönlerini içerdiği cihetle, bu şikayeti bu iki hükmün birbiriyle bağlantısı açısından inceleyecektir (Birçok başka karar arasından *Van Mechelen ve diğerleri Hollanda*, 23 Nisan 1997 tarihli karar, Derleme/ 1997-III, s. 711, § 49, *Lucà İtalya*, n° 33354/96, § 37, CEDH 2001-II Bakınız).

AİHM kanıtların kabul edilebilirliğinin aslen iç hukuk kuralları tarafından belirlendiğini ve ilke olarak ulusal yargı makamları tarafından toplanan unsurları değerlendirme yetkisinin yine bu mercilere ait olduğunu hatırlatmıştır. AİHS tarafından AİHM'ye verilen görev tanıkların ifadelerinin doğru şekilde kanıt olarak kabul edilip edilmedikleri konusunda karar vermek değil, ama kanıt araçlarını sunma şekli de dahil olmak üzere, yargılamanın bütününe adil olup olmadığını araştırmaktır (Ayrıca, *Doorson Hollanda* 26 Mart 1996 tarihli karar, Derleme 1996-II, s. 470, § 67 ve üstte belirtilmiş olan *Van Mechelen ve diğerleri*, s. 711, § 50 kararına bakınız).

Kanıt unsurlarının ilke olarak, çekişmeli bir yargıya imkân tanımak açısından açık duruşmada sunulması gerekmektedir. Bu ilkenin istisnalarının olmadığı söylenemez. Ancak, istisnalar ancak savunmanın hakları ihtiyatında kabul edilebilirler. Genel kural olarak, 6. maddenin 1. ve 3 d) paragrafları sanığa kendisine yüklenen suçta dair tanıklığa itiraz etmeye uygun ve yeterli olanak sağlanmasını ve tanığın ifadenin alındığı sırada veya daha sonra tanığı sorgulamasının sağlanmasını emretmektedir (*Lüdi İsviçre* 15 Haziran 1992 tarihli, seri A n° 238, s. 21, § 49 karar ve üstte belirtilmiş olan *Van Mechelen ve diğerleri*, s. 711, § 51).

AİHM'nin birçok defa belirtmiş olduğu gibi (diğerleri arasından üstte belirtilen *Lucà* kararı § 40 Bakınız), adli yetkililerin bazı durumlarda ve özellikle tanığın güvenlik endişesi ile ifadelerini açık duruşmada yinelemeyi reddetmesi durumunda, ön soruşturma aşamasında alınan ifadelerin kullanılması gerekebilmektedir. Sanığa, bu tür ifadelerin verildikleri anda veya daha sonradan, bunlara itiraz etmek için uygun ve yeterli olanağın sağlanması durumunda, bu tanıklıkların kullanılması kendi başına Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. ve 3 d) paragraflarına aykırı değildir. Öte yandan, bir mahkumiyet kararının tamamen veya büyük ölçüde, zanlının ne ön soruşturma sırasında ne duruşmalarda sorgulayamadığı ya da sorgulatamadığı bir kişinin tanıklığına dayanarak verildiği durumlar AİHS'nin 6. maddesinin güvencelerine aykırı bir durum yaratır (iş bu kararlara bakınız: *Unterpertinger Avusturya*, 24 Kasım 1986, seri A n° 110, ss. 14-15, §§ 31-33, *Saïdi Fransa* 20 Eylül 1993, seri A n° 261-C, ss. 56-57, §§ 43-44, ve üstte belirtilmiş olan *Van Mechelen ve diğerleri*, s. 712, § 55 ayrıca *Dorigo İtalya*, 33286/96 sayılı başvuru, 9 Eylül 1998 tarihli, yayınlanmamış olan ve aynı başvuru ile ilgili komisyon raporu, § 43, 15 Nisan 1999 tarihli Bakanların Kurulunun çözümü DH (99) 258).

AİHM bu davada ilk olarak başvuranın soruşturmanın ve davanın hiçbir aşamasında kendisine yöneltilen silah kaçakçılığı ithamnamesini kabul etmediğini tespit etmiştir. Bununla birlikte, AİHM, başvuranın kardeşi ile birlikte silah dolu torbaları taşıırken suçüstü yakalandığını belirlemiştir. Ulusal mahkeme mahkumiyet kararını verirken, başvuran tarafından itiraz edilmeyen bu hususa ve nöbetçi G.Y. ile diğer jandarmaların beyanlarına dayanmıştır.

AİHM, ayrıca ne başvuranın ne avukatının bu olayları yalanlamak için tanıkların dinlenmesini talep ettiklerini tespit etmiştir.

Bu şartlar dâhilinde, başvuranın mahkûmiyetinin dayandığı beyanlara itiraz etmek için uygun ve yeterli olanaktan yararlanmamış olduğu sonucuna varılamaz. Gerçekte ulusal mahkemeler sanığın suçüstü yakalanmasını ve uyuşan tanıklıkları esas almışlardır.

Dolayısıyla başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksundur ve AİHS'nin 35. maddesinin 3. ve 4. paragrafları uyarınca reddedilmektedir.

## **V. AİHS'NİN 41. MADDESİ'NİN UYGULANMASI**

### **A. Maddi tazminat**

Başvuranlar 32.400 Euro maddi tazminat talep etmektedirler. Başvuranlar bu bağlamda Deham'ın ailesinin ve müteveffa Sadun Günay ve Narin Günay ailesinin uğradığı gelir kaybını belirten bir ekspertiz raporunu sunmaktadırlar. Rapor yasal uygulamaya göre evladın yaşamını yitirmesi halinde mali destekten yoksun kalan ebeveyn için uygulanacak tazminat miktarının hesaplanmasına dayanmaktadır. Sistem hayatta kalan ebeveyne evlatlarını kayb ettikleri günden başlayarak, reşit olunmadığı halde ise çocuğun mümeyyiz olacağı yaştan itibaren hesaplanacak bir tazminat miktarını öne sürmeyi öngörmektedir.

Hükümet maddi tazminat talebinin herhangi bir delil unsuru ile desteklenmediğini, ileri sürülen bu meblağın fiktif ve sebepsiz zenginleşme aracı olduğunu savunmaktadır.

Bu konudaki yerleşik içtihadı göre başvuran tarafından öne sürülen maddi tazminat ile AİHS'nin ihlali arasında bir illiyet bağının kurulması gerekir, AİHM buna benzer hallerde uğranılan gelir kaybı veya finansal destek nedeniyle bir telafi yoluna gidebilir (Bkz. diğerleri arasında, İhsan Bilgin-Türkiye kararı, no: 40073/98, 27 Temmuz 2006). AİHM başvuranların tespit edilen ihlallerden belirli bir ölçüde etkilendiklerini gözlemlemekte, fakat bu durum ile merhum başvuranın eşi başvuran Narin Günay'ın öne sürdüğü maddi zarar arasında herhangi bir illiyet bağının kurulamadığını belirtmektedir.

AİHM Narin Günay tarafından iler sürülen gelir kaybının 2000 yılından (ölen çocuğun reşit olacağı sene) 2016 yılına kadar olan döneme ilişkin tahmini bir gelir kaybının hesaplanarak rakamsal verilerinin ortaya konulacağını not eder. Bununla birlikte, olayların meydana geldiği dönemde reşit olmayan Deham Günay'ın gerçek anlamıyla sahip olduğu geliri ispat eden herhangi bir belge yer almamaktadır. AİHM'ye göre öne sürülen zararlar tam olarak yapılacak bir hesaba olanak tanıyacak unsurlar değildir, bu bağlamdaki değerlendirmeler bir spekülasyondan öteye geçemeyecektir (Bkz. diğerleri arasında, Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararı, 18 Aralık 1984 ve Akdivar vd.-Türkiye kararı 1 Nisan 1998).

AİHM AİHS'nin 41. maddesine göre mahkemeye sunulan tüm delil unsurlarının tamamı ışığında, başvuranın oğlu Deham nedeniyle öne sürdüğü gelir kaybına ilişkin maddi tazminat talebini hakkaniyete uygun olarak değerlendirmeye alacaktır. AİHM Narin Günay'a uğradığı tüm zararı kapsayacak toplam bir meblağın ödenmesini kararlaştırmaktadır.

### **B. Manevi zarar**

Başvuran Nehyet Günay AİHS'nin 3., 5. ve 6. maddelerinin ihlali nedeniyle şahsi olarak uğradığı manevi zarar için sırasıyla 30.000, 10.000 ve 15.000 Euro talep etmektedir.

Başvuranların AİHS'nin 2. maddesinin ihlaliyle uğradıklarını öne sürdükleri manevi zarar için toplam 100.000 Euro talep etmektedirler. Başvuranlar son olarak AİHS'nin 3. maddesinin

ihlali nedeniyle 50.000 ve Deham Günay açısından AİHS'nin 5., ve 6. maddelerinin ihlali bakımından uğradıkları zarar için toplam 200.000 Euro istemektedirler.

Hükümet başvuruların iddialarını destekleyici kanıtların yokluğunda bu yönde bir ödeme yapılmaması gerektiğini kaydetmektedir.

Yukarıda yer alan gerekçeler ışığında AİHM, hakkaniyete uygun olarak uğradıkları tüm zararlar için başvuran Narin Günay'a 30.000 Euro ve diğer beş başvurulara ortaklaşa 30.000 Euro manevi tazminat ödenmesini kararlaştırmaktadır.

### **C. Yargılama masraf ve giderleri**

Başvuranlar iç hukukta ve AİHM önünde yapmış oldukları yargılama giderleri için 6.480 Euro talep etmektedirler. Başvuranlar bu taleplerini desteklemek bakımından Diyarbakır barosunun avukatlık ücreti tarifelerini sunmaktadırlar. Başvuranlar ayrıca kendilerine verilen adli yardımın diğer giderleri de (posta, kırtasiye, haberleşme ve fotokopi) kapsayacak şekilde sayılmasını talep etmektedirler. Başvuranlar bu yönde herhangi bir kanıtlayıcı belge sunmamaktadır.

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre bir başvuran gerçekliğini, gerekliliğini kanıtladığı makul miktarlardaki yargı giderlerini elde edebilir. AİHM sunulan belgeler, sözü edilen kıstaslar ve adli yardım başlığı altında verilen miktarlar ışığında başvuranlara yapmış oldukları tüm yargılama giderleri için toplam 2.000 Euro ödenmesini kararlaştırmıştır.

### **D. Gecikme Faizi**

AİHM, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın ekleneceğini belirtmektedir.

### **BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,**

1. Başvuranların AİHS'nin 2., 3. ve 5. maddesi hakkındaki şikayetlerinin *kabuledilebilir*, bunun dışındaki şikayetlerinin *kabuledilemez olduğuna*;
2. Hükümetin Deham Günay'ın kaybolmasıyla ilintili olarak ailesinin çektiği acıya ilişkin AİHS'nin 3. maddesi hakkındaki kabuledilemezlik itirazının *esasa birleştirilmesine*;
3. Deham Günay'ın yaşam hakkının korunmaması nedeniyle AİHS'nin 2. maddesinin esas bakımından *ihlal edildiğine*;
4. AİHS'nin 2. maddesinin usul bakımından *ihlal edildiğine*;
5. Başvuranların yakınlarının kaybolması nedeniyle çektikleri sıkıntılar açısından AİHS'nin 3. maddesinin *ihlal edildiğine*;
6. Deham Günay'ın yakalanmasına ilişkin olaylarla ilgili olarak AİHS'nin 3. ve 5. maddeleri hakkındaki şikayetlerin incelenmesine *gerek olmadığına*;
7. a) AİHS'nin 44 / 2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, miktara yansıtılabilecek her türlü vergi ve masraflarla birlikte, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Y.T.L.'ye çevrilmek üzere Savunmacı Hükümet tarafından;

- uğradığı tüm zararlar için Narin Günay'a toplam 30.000 (otuz bin) Euro *ödenmesine*;
- manevi tazminat olarak beş başvuran Nehyet Günay, Kudret Günay, Hüsniye Öglü, Suzan Saruhan ve Behiye Özdek'e ortaklaşa 30.000 (otuz bin) Euro *ödenmesine*;
- yargılama masraf ve giderleri için başvuranlara ortaklaşa 2.000 (iki bin) Euro *ödenmesine*;

b) sözkonusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda faiz *uygulanmasına*;

8. Adil tatmine ilişkin diğer taleplerin *reddine*;

### **KARAR VERMİŞTİR.**

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 21 Ekim 2008 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.